

APONTAMENTOS SOBRE A AÇÃO MONITÓRIA

Luciene Mauwerberg Muscari

Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP

1. TUTELA EFETIVA

Não é novidade que o Direito, como conjunto de normas regulamentadoras da vida em sociedade, deve acompanhar as mudanças sociais.

Paulo Nader diz que "a sociedade cria o Direito no propósito de formular as bases da justiça e segurança".¹

Entretanto, como é possível proporcionar justiça e segurança quando há um número tal de feitos que torna impossível ao Judiciário prestar uma tutela jurisdicional adequada?

O jurisconsulto Ulpiano, baseando-se em Platão e Aristóteles, formulou a seguinte definição de justiça: "Justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu". Como se poderia dar a cada um o que é seu quando há o problema da morosidade assolando o nosso Judiciário?

Devemos nos lembrar de que o nosso ordenamento jurídico proíbe a autotutela, salvo naqueles casos em que a própria lei excepciona, como, por exemplo, a poda de árvores limítrofes (art. 558 do CC) e o desforço imediato (art. 502 do CC).

A efetividade da tutela jurisdicional é um dos temas que estão em voga nos meios acadêmicos.

Kazuo Watanabe refere-se a este assunto como "uma das vertentes mais significativas das preocupações dos processualistas contemporâneos".²

O que é a efetividade do processo?

¹Introdução ao Estudo do Direito, p. 21.

²Da Cognição no Processo Civil, p. 15.

É a aptidão de eliminar as insatisfações que a vida em sociedade pode gerar.

Há uma frase de Giuseppe Chiovenda, freqüentemente citada quando se fala de instrumentalidade e de efetividade do processo, que realmente resume esta tendência: "na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter".³

Dentre os tipos de tutelas existentes, as declaratórias e constitutivas, no que diz respeito à efetividade do processo, são muito mais eficazes do que a tutela condenatória. Isso ocorre porque as duas primeiras, tão logo a sentença é proferida, provocam uma mudança no mundo exterior, que é a mudança desejada pela parte, ou seja, o litigante obtém exatamente aquilo a que fazia jus.

Por outro lado, a efetividade da tutela condenatória depende de um processo ulterior de execução, que irá substituir a atividade do condenado. Ovídio A. Baptista da Silva refere-se a esta falta de efetividade da mencionada tutela:

"No plano da realidade forense, onde dominam os fatos a que as teorias se devem afeiçoar, não é fácil dar-se ao leigo que procura amparo jurisdicional uma explicação satisfatória da natureza e utilidade da sentença de condenação. Na perspectiva eminentemente pragmática em que as partes se colocam perante o processo, a sentença condenatória pouca coisa oferece além da declaração que ela contém sobre a existência do direito invocado pelo autor e dessa virtualidade especial de constituir-se em um novo título, para uma nova demanda subsequente".⁴

Quando falamos de efetividade, devemos mencionar a tendência moderna de aproximar o direito material do processual; isso não significa um retrocesso à teoria imanentista da ação, mas é a busca de procedimentos que se ajustem à pretensão de direito material. É a busca por uma tutela diferenciada.⁵

O procedimento monitorio (digo procedimento porque "ação" é o poder de pedir a tutela jurisdicional) é um exemplo de tutela diferenciada.

Dentro desta mentalidade de tornar mais eficaz a solução dos conflitos de interesses e a pacificação, escopo social da jurisdição, outros mecanismos foram introduzidos, além da monitoria: a antecipação de tutela, Juizados Especiais e a nova lei de arbitragem.⁶

³*apud* Cândido R. Dinamarco, A Instrumentalidade do Processo, p. 385.

⁴Sentença e Coisa Julgada, pp. 40 e 41.

⁵Eduardo Talamini entende que o fato "diferenciador" da monitoria não é a exigência de prova escrita, mas o tipo de pretensão, pagamento de soma em dinheiro e entrega de bem fungível ou de determinado bem móvel. (Tutela Monitoria, p. 111). Discordamos do ilustre processualista paranaense, pois estes interesses materiais deverão ser protegidos por tutela não diferenciada (via ordinária), quando estiver ausente a "prova escrita sem eficácia de título executivo". Desse modo, o fator diferenciador, neste caso, não é somente o direito material, mas a modalidade de prova.

⁶Cândido R. Dinamarco, ob. cit., p. 221.

A tutela monitória vem ao encontro desta procurada efetividade porque abre oportunidade ao credor de ver respondida, desde logo, a sua pretensão de direito material, ou seja, o pagamento da quantia, ou a entrega da coisa fungível ou da coisas móvel determinada, ou, na pior das hipóteses, conseguir um título executivo muito mais rapidamente do que conseguiria pela via ordinária.

2. BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA

O procedimento monitório, na verdade, não é algo novo. Já era conhecido em Portugal desde as Ordenações do Reino.

Um procedimento similar chamado "ação decendiária" ou "ação de assinação de dez dias" teve início em Portugal com as Ordenações Manuelinas, que são de 1514 (Título XVI do livro III).⁷

As Ordenações Filipinas receberam o conteúdo das Manuelinas e passaram a regulamentar a vida do Brasil-colônia e do Império a partir de 1603.

Em 1850, houve o advento do Regulamento 737, que previa a ação decendiária ao capítulo I do Título IV, artigos 246 a 269.⁸

Essa ação, assim como a monitória, era um processo injuncional documental, que concedia dez dias para o réu pagar, alegar quitação ou qualquer outra razão que o desobrigasse (daí porque se chamava " decendiária").

O autor deveria basear-se em escritura pública ou alvará feito por pessoas dotadas de fé pública, como bispos, doutores, desembargadores etc.

Em 1891, a Constituição Federal brasileira permitiu aos Estados legislar sobre processo, e o procedimento decendiário foi previsto por alguns diplomas estaduais (o de São Paulo, por exemplo).

Em 1939, entrou em vigor o Código de Processo Civil, lei federal que não tratou do procedimento decendiário.

O atual estatuto processual, promulgado em 1973, não previa também qualquer procedimento similar, até que a Lei 9.079/95 acrescentou-lhe os artigos 1.102a, 1.102b e 1.102c, que regulamentam a tutela monitória.

3. NATUREZA JURÍDICA DA MONITÓRIA

No que tange à natureza jurídica da ação monitória, a doutrina já está quase pacificada, tendo em vista que a maior parte dos doutrinadores concorda tratar-se de um processo de conhecimento com procedimento especial de jurisdição contenciosa.

Esta é a conclusão a que se chega, quando se faz um estudo da sua posição topológica dentro do Código, uma vez que se situa no Livro IV, Título I, Capítulo XV.

⁷Marco Antonio Botto Muscari, *Ação Decendiária e Ação Monitória*, p. 1.

⁸Eduardo Talamini, *ob. cit.*, p. 49.

Não obstante, existem respeitáveis posicionamentos que divergem da afirmativa feita acima, para caracterizar a monitoria como um novo tipo de processo, ao lado dos processos de conhecimento, de execução e cautelar; outrossim, há um terceiro posicionamento no sentido de que o instituto seria um misto de processo de execução e de cognição.

Para Carnelutti, a monitoria seria um *tertium genus*, intermediário entre o processo de cognição e o de execução.⁹

Humberto Theodoro Júnior é da mesma opinião, dizendo tratar-se de um processo intermediário, ao lado dos processos de execução e de conhecimento.¹⁰

Antonio Carlos Marcato afirma que é uma nova categoria de processo.¹¹

Por sua vez, Vicente Greco entende que "a ação monitoria é um misto de ação executiva em sentido lato e cognição, predominando, porém, a força executiva".¹²

Por derradeiro, Donaldo Armelin entende que "a ação monitoria é geradora de um processo de conhecimento".¹³

4. CONDIÇÕES DA AÇÃO E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Existem dois temas que, obrigatoriamente, devem ser abordados, mesmo que de passagem, pois são muito importantes dentro do direito processual civil brasileiro: as condições da ação e os pressupostos processuais.

4.1- Condições da ação

As condições da ação são três: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de parte e interesse de agir, segundo a teoria eclética de Enrico Tullio Liebman. Mas, a partir da terceira edição do seu Manual, o processualista italiano reduz as condições da ação apenas à legitimidade e ao interesse de agir, pois entrou em vigor na Itália a lei que instituiu o divórcio, principal exemplo de impossibilidade jurídica do pedido no direito italiano.¹⁴

4.1.1. Possibilidade jurídica do pedido

Para a existência da possibilidade jurídica do pedido é necessário que este não seja daqueles que a lei proíba, é o que diz E. D. Moniz de Aragão:

"a possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no or-

⁹apud Carreira Alvim, Código de Processo Civil Reformado, p. 307.

¹⁰apud Donaldo Armelin, Apontamentos Sobre a Ação Monitoria, Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, p. 30.

¹¹O Processo Monitorio Brasileiro, p. 9.

¹²Comentários ao Procedimento Sumário, ao Agravo e à Ação Monitoria, p. 49.

¹³ob. cit., p. 32.

¹⁴Manual de Direito Processual Civil, v. I, nota n. 106 de Cândido Rangel Dinamarco, pp. 160 e 161.

denamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à existência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável. Se contiver um tal veto, será caso de impossibilidade jurídica do pedido; faltarão uma das condições da ação".¹⁵

Desse modo, a possibilidade jurídica do pedido não é a previsão da tutela em tese, mas a inexistência de proibição, como ocorre com a dívida de jogo e com o usucapão de bem público, por exemplo. No caso da monitoria, o raciocínio é o mesmo.

Para Ada Pellegrini Grinover: "se a prova não for escrita, não haverá possibilidade jurídica do pedido monitorio, porque a lei restringe a nossa monitoria ao processo monitorio documental".¹⁶

4.1.2. Legitimidade de parte

Quanto à legitimidade de parte, Arruda Alvim leciona:

"a legitimatio ad causam é a atribuição, pela lei ou pelo sistema, do direito de ação ao autor, possível titular de uma dada relação ou situação jurídica, bem como a sujeição do réu aos efeitos jurídicos-processuais e materiais da sentença. Normalmente a legitimatio para a causa é do possível titular do direito material".¹⁷

A legitimatio deve ser demonstrada na inicial, assim como as demais condições da ação, in statu assertionis. Kazuo Watanabe explica bem esta questão:

"o ponto nodal da problemática está em saber se as condições da ação (rectius: 'condições para o julgamento do mérito') devem ser aferidas segundo a afirmativa feita pelo autor na petição inicial (in statu assertionis) ou conforme seu elo efetivo com a 'situação de fato contrária ao direito' que vier a ser evidenciado pelas provas produzidas pelas partes. Somente nos afigura compatível com a teoria abstrativista a primeira opção".¹⁸

Isto quer dizer que as condições da ação são analisadas "à vista do que se afirmou", provisoriamente, em abstrato.

Mas nem todos pensam assim, no que tange à monitoria. Donaldo Armelin diz: "deve a legitimidade emergir da própria prova documental produzida com a ini-

¹⁵Comentários ao Código de Processo Civil, v. II, p. 538

¹⁶Ação Monitoria – Revista do Centro de Estudos Jurídicos, Brasília, v. 1, p. 39.

¹⁷Manual de Direito Processual Civil, p. 235.

¹⁸ob. cit., p. 58.

cial, que deverá abranger também eventual câmbio de titularidade, em hipótese de ocorrência de sucessão a título singular ou universal desta".¹⁹

4.1.3. Interesse de agir

Dentre as condições da ação, a que suscita mais discussão, em se tratando de tutela monitória, é o interesse de agir, pois toca no tema "prova escrita".

O interesse de agir, previsto no art. 3º do CPC, não é o interesse material ou substancial, mas o processual. O interesse substancial "é aquele diretamente protegido pelo direito material; é um interesse de índole primária, dado que incide diretamente sobre o bem".²⁰

O interesse processual é dirigido a retirar o obstáculo ao exercício da pretensão de direito material. É um interesse secundário.

De acordo com Nelson Nery Júnior, "o interesse processual se consubstancia na necessidade de o autor vir a juízo e na utilidade que o provimento jurisdicional poderá lhe proporcionar".²¹

A necessidade repousa na impossibilidade da satisfação do direito sem que o Estado interfira, ou porque a lei determina que a intervenção do Estado é obrigatória.

Há quem divida o interesse de agir em necessidade e adequação. A adequação consiste em que o provimento jurisdicional solicitado seja apto a corrigir a situação de direito material. Ou seja, existe adequação quando se optou pelo instrumento processual correto.

Em rigor, a tutela será útil, se for necessária e adequada. Talvez a utilidade devesse ser colocada como gênero do qual seriam espécies a necessidade e a adequação.

No tocante à monitória, haverá necessidade desta tutela quando existir inadimplimento, e não houver outro meio para a satisfação do crédito, que não seja o jurisdicional, e também, o autor não possua, ainda, título executivo, pois se o possuir, a tutela monitória não será necessária, tendo em vista que é dirigida à obtenção de título executivo.

Por outro lado, haverá adequação quando o caso concreto disser respeito a pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, e a petição inicial vier acompanhada da prova escrita. Se o autor não possuir prova escrita, a tutela será inadequada, devendo ajuizar um processo comum, onde poderá produzir outros tipos de provas com o fito de obter um título executivo ao final.

Eduardo Talamini entende que

"não tem relevância concreta definir, na tradicional terminologia das 'condições da ação', se o caso é de falta de interesse de agir

¹⁹ob. cit., p. 58.

²⁰Arruda Alvim, ob. cit., v. 1, p. 232.

²¹Código de Processo Civil Comentado, p. 317.

(vez que a tutela pretendida não será de utilidade nenhuma) ou de 'impossibilidade jurídica' na medida em que, diante de tal inutilidade, o próprio ordenamento explicitamente vedou o uso desta tutela). Importa é que eventual extinção do processo dar-se-á 'sem julgamento do mérito'".²²

Para outros, a prova escrita seria requisito de admissibilidade, sem o qual não se pode julgar o mérito.

Antonio Carlos Marcato defende esta idéia ao discorrer sobre o juízo de admissibilidade e as causas de indeferimento da inicial, dizendo:

"o mesmo se dará se o juiz não se convencer da eficácia ou da idoneidade da prova documental apresentada pelo autor, muito embora esteja impedido de proclamar a inexistência do crédito por ele reclamado, ou seja, de adentrar ao mérito da pretensão deduzida e extrair a conclusão de que não é credor do réu. Para tanto não se presta o processo monitório, atuando a prova documental, positivamente, apenas no sentido de criar no espírito do juiz a probabilidade do direito afirmado, mas não a certeza de sua inexistência; caso a prova documental seja inconvincente, deverá o juiz simplesmente indeferir a petição inicial, por ausência de requisito essencial de admissibilidade".²³

4.2 - Pressupostos processuais

Quanto aos pressupostos processuais, a doutrina traz duas classificações: para alguns, eles são divididos em pressupostos de existência e de validade; para outros, em objetivos e subjetivos.

Adotaremos a primeira. Os pressupostos de existência são: demanda, de iniciativa do autor; jurisdição; citação, que integraliza a relação jurídica processual, que até então era bilateral, passando a ser trilateral; capacidade postulatória, que somente o Advogado possui.

Os de validade, que pressupõem os de existência, são: petição regular, com pedido, causa de pedir, que dos fatos narrados decorra logicamente a conclusão etc.; juízo competente e imparcialidade do juiz, vale dizer, que o magistrado tenha poder específico para conhecer daquele pedido, e que não esteja impedido de conhecê-lo; *legitimatatio ad processum*, ou capacidade de estar em juízo, que possui aquela pessoa que se acha no exercício de seus direitos. Além destes, existem os pressupostos negativos, que são a inexistência de coisa julgada e de litispendência.

²²ob. cit., p. 81.

²³ob. cit., p. 77.

No caso do procedimento monitorio, não há dificuldade alguma em aplicar-se estes pressupostos, pois a especialidade do procedimento em nada afeta estes requisitos.

5. PROCEDIMENTO

Em primeiro lugar, cumpre destacar que há dois tipos de procedimento monitorio, o puro e o documental. O puro é aquele em que é possível a expedição de mandado mediante simples exame das alegações do autor, sem a necessidade da prova escrita; é o caso dos procedimentos utilizados na Alemanha e na Áustria. O documental é aquele que exige para a expedição de mandado, a prova escrita, ou seja, as alegações devem ter amparo em documentos escritos. É o caso dos procedimentos brasileiro e italiano.

O procedimento monitorio nacional vem previsto nos artigos 1.102a, 1.102b e 1.102c, no Capítulo XV do Título I (Dos Procedimentos Especiais).

O seu objetivo é a obtenção de um título executivo.

Este procedimento é cabível quando a pretensão for de condenação a pagamento de soma em dinheiro, ou a entrega de coisa fungível, ou de bem móvel determinado.

Tal pedido deve ser formulado com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, uma vez que o detentor de título não necessita desse tipo de tutela, podendo ajuizar, desde logo, uma ação executiva.

Se a petição inicial preencher todos os requisitos extrínsecos e intrínsecos, o Juiz proferirá o "despacho liminar positivo", concedendo a tutela monitoria.

5.1. Mandado monitorio

O mandado monitorio é uma decisão interlocutória, tendo em vista que não extingue o processo, apenas encerra a fase inicial do procedimento (art. 162, parágs. 1º e 2º do CPC); mas tem o mesmo efeito de uma sentença condenatória, fazendo coisa julgada material.²⁴

Quanto à sua natureza jurídica, dentre as várias posições doutrinárias, a que mais nos convence é a de José Eduardo Carneira Alvim. De acordo com o ilustre magistrado do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, "essa decisão tem, sob aspecto processual forma de interlocutória e conteúdo de decisão definitiva, podendo *modus in rebus* ser 'equiparada' a uma interlocutória mista".²⁵

5.2. Não obrigatoriedade da via monitoria

A via monitoria, de acordo com a totalidade da doutrina, não é obrigatória, vale dizer, a lei possibilita ao autor a faculdade de optar pelo procedimento ordiná-

²⁴Antonio Carlos Marcato, ob. cit., p. 81.

²⁵Código de Processo Civil Reformado, p. 321.

rio, se quiser. O argumento que sustenta esta afirmação é o de que não se pode obrigar o autor a renunciar aos honorários e custas, tendo em vista que o p. 1º do artigo 1.102c isenta o réu destas despesas.²⁶

5.3. Citação

Quanto à cientificação do réu, trata-se de intimação, e também, de citação para integrar a relação jurídica processual, tendo em vista que esta é indispensável por ser pressuposto processual de existência e de validade (citação válida); outrossim, é a partir deste ato que ocorrem os efeitos mencionados no artigo 219 do CPC.²⁷

Ainda com relação à citação, há uma discussão a respeito das espécies que podem ser utilizadas na monitória, tendo em vista que é um mandado de pagamento ou de entrega de coisa, que se não for atendido será convolado em título executivo.

A lei n. 9.079/95 não especifica qual a forma de citação a ser utilizada; por outro lado, o artigo 1.102b determina que quando a petição inicial estiver devidamente instruída, o juiz deferirá de plano a expedição do mandado monitório. Existem autores que, fazendo uma interpretação gramatical, chegam à conclusão de que tal mandado deveria ser cumprido por um oficial de justiça.

Há quem diga que o mandado monitório pode ser cumprido por qualquer forma prevista pelo Código de Processo Civil, tendo em vista que se o legislador quisesse restringir apenas ao cumprimento por oficial de justiça teria dito expressamente.

Por outro lado, existe um entendimento no sentido de que é incabível citação pelo correio, pois é espécie proibida para execução, e o mandado monitório, por referir-se a pagamento ou entrega de coisa, se aproximaria do mandado de execução.²⁸

Outrossim, existem aqueles que entendem que não são possíveis as citações fictas, a saber, com hora certa e por edital, pois entendem que o curador especial (art. 9, II, do CPC) não possuiria legitimidade para ajuizar os embargos ao mandado, tendo em vista que estes teriam caráter de ação. Não obstante, existe a Súmula 196 do STJ que determina que se nomeie curador especial ao executado revel, citado por edital ou por hora certa, pois este tem legitimidade para embargar. Desse modo, nada obsta a que se proceda assim na monitória.

5.4. Embargos ao mandado

Os embargos ao mandado são o instrumento mediante o qual o réu formulará a sua defesa. Daí afirmar-se que a tutela monitória possui um contraditório eventual, uma vez que se o réu não embargar, este não será instaurado.

Esses embargos possuem uma peculiaridade importante, que é o fato de não precisarem de prévia segurança do juízo.

²⁶Fátima Nancy Andriighi, *Da Ação Monitória: Opção do Autor*, RI 734/71.

²⁷Antonio Carlos Marcato, ob. cit., p. 82.

²⁸Antonio Raphael Silva Salvador, *Da Ação Monitória e da Tutela Jurisdicional Antecipada*, p. 26.

Dentro da dogmática processual, o assunto "embargos ao mandado", tem sido mais um ponto sobre o qual tem havido divergência. Mais precisamente com respeito à sua natureza jurídica. Trata-se de ação, ou de contestação? De acordo com a maior parte da doutrina, este tema tem importância para a definição do *onus probandi*, para estabelecer-se a possibilidade, ou não, do uso da reconvenção e da intervenção de terceiros.

Vicente Greco Filho entende que esses embargos têm caráter de ação: "se o legislador utilizou a figura dos embargos foi para dar à defesa do devedor forma de ação, com todas as consequências que daí resultam, em especial a inversão do ônus da iniciativa da prova".²⁹

José Rogério Cruz e Tucci também entende que os embargos são verdadeira ação incidente, e que a matéria passível de ser alegada é ampla: "nenhuma restrição é imposta ao conteúdo da argumentação a ser desenvolvida pelo embargante. Poderá alegar qualquer matéria de natureza processual ou substancial".³⁰ Caso tais embargos sejam julgados improcedentes, no processo de execução, o embargante estará adstrito ao rol do art. 741, do CPC.

No que tange à possibilidade de reconvenção por parte do réu, a sua impossibilidade é óbvia; o réu deverá propor ação própria em face do autor, se quiser formular pretensão.³¹

É possível a reconvenção por parte do embargado, assim como é possível que isto ocorra nos embargos à execução por título extrajudicial, pois em ambos os casos há plena liberdade quanto à matéria de defesa.³²

Com relação à intervenção de terceiros, Donaldo Armelin diz que todas as espécies são inviáveis, salvo a assistência.³³

6. INSTRUÇÃO

6.1. Ônus da prova

O termo ônus advém da palavra latina *onus*, que quer dizer carga, peso. Desse modo, *onus probandi* é o dever, a necessidade de provar.

Não é uma obrigação, pois a toda obrigação corresponde um direito. Também não se trata de um dever jurídico, mas de um interesse, uma necessidade de produzir a prova com o fito de formar o convencimento do juiz sobre os fatos alegados.

²⁹ob. cit., p.54.

³⁰Ação Monitória, p.64.

³¹Donaldo Armelin, ob. cit., p.31; João Roberto Parizatto, ob. cit., p. 60.

³²Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Embargos à Execução*, p. 269: "O embargado poderá, pela via reconvenção, obter a condenação do embargante ao pagamento de créditos excluídos do título executivo extrajudicial, oriundos da mesma obrigação de direito material, ou seja, do mesmo negócio jurídico subjacente ao título por meio do qual se executa".

³³ob. cit., p. 67.

Moacyr Amaral Santos, citando a lição de Fitting, diz que: "é preciso que exista a prova para que o juiz possa decidir; mas é indiferente qual das partes a tenha subministrado".³⁴

Os princípios fundamentais do *onus probandi* são: cada uma das partes deve provar as alegações que fizer; compete ao autor provar o fato constitutivo de seu direito, ao passo que o réu deve provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor; o juiz pode ordenar *ex officio* as provas que forem, a seu ver, necessárias para a apuração da verdade. É o que se depreende do artigo 333, I e II do CPC.

No que tange ao procedimento monitorio, o ônus da prova é objeto de discussão sempre quando se fala na natureza jurídica dos embargos ao mandado, pois como já foi dito acima, há duas correntes na doutrina: uma que entende que tais embargos possuem caráter de contestação e outra que diz que possuem natureza de ação. De acordo com a doutrina, se os embargos ao mandado são ação, haverá inversão do ônus da prova, ou seja, o réu-embargante deverá provar que "não deve".

A melhor solução para esta questão, na doutrina, é dada por Antonio Carlos Marcato, que entende que a natureza jurídica dos embargos é de ação, como os embargos à execução. Ele cita a doutrina italiana, que diz que a inversão de partes é apenas formal.³⁵

Ele explica o seu posicionamento dizendo:

*"justamente por assumir a posição formal de autor dos embargos, é que continua sendo do embargante o ônus da prova dos fatos nos quais se funda a sua resistência ao mandado monitorio, que são os indicados no n. II do art. 333; restando controvertidos, no entanto, os fatos constitutivos afirmados pelo embargado, poderá ser dele, diante das lacunas do conjunto probatório, o ônus da prova correspondente".*³⁶

Desse modo, o réu-embargante deverá provar os fatos que ele utiliza para defender-se, que continuam sendo os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor; cabendo ao autor-embargado "reavivar a primeira convicção judicial", se esta foi posta em dúvida.³⁷

6.2. Prova escrita

Passados cinco anos da promulgação da lei n. 9.079, a doutrina e a jurisprudência já conseguiram realizar esta difícil tarefa de delimitar a abrangência desta expressão.

³⁴ob. cit., p. 94.

³⁵ob. cit., p. 97.

³⁶idem, p. 99.

³⁷idem, ibidem.

A expressão "prova escrita" tem sentido mais amplo do que a expressão "documento escrito"³⁸, pois a primeira abrange todas as provas na forma escrita, sendo instrumentos ou documentos, ou seja, qualquer escrito que sirva de prova da obrigação, mesmo que não tenha sido constituído para isso, como uma carta ou bilhete, desde que comprove o fato constitutivo do direito do autor.

Quais seriam as características desta prova ?

Para Donaldo Armelin, "deve ser prova hábil a gerar certeza, liquidez e exigibilidade do direito invocado pelo autor, como sucede na via executiva, faltando-lhe apenas a natureza de título executivo indispensável para acessar essa via".³⁹

A certeza é a inexistência de dúvida quanto ao crédito. Será que esta característica é necessária nesta fase do procedimento, tendo em vista que o magistrado procederá a juízo de probabilidade?

Sérgio Bermudes refere-se a ela como "título paraexecutivo", por dar origem a "uma atividade jurisdicional semelhante à execução".⁴⁰

Para Antonio Carlos Marcato, prova escrita é aquela que "embora não tipifique um título executivo extrajudicial, autorize, apenas, com lastro nela, uma "cognição mais rápida dos fatos pertinentes à causa" e permita ao juiz, desde logo, a formação de um convencimento acerca da existência do crédito – muito embora pautado, convém dizer, em grau de probabilidade de menor intensidade que aqueles ostentados pelos títulos executivos extrajudiciais".⁴¹

Por sua vez, José Eduardo Carreira Alvim entende que o termo prova escrita deve ser traduzido como "o documento do qual o crédito procede", pois, segundo ele, somente haverá atividade probatória se o contraditório for instaurado mediante os embargos ao mandado.⁴²

Vicente Greco Filho, ao defini-la, diz que: "prova escrita é a documental". E cita alguns exemplos: "o documento assinado pelo devedor, mas sem testemunhas, os títulos cambiários após o prazo de prescrição, a duplicata não aceita antes do protesto ou a declaração de venda de um veículo". E diz que o procedimento monitório é o meio para se conseguir um título executivo judicial a partir do que ele chama de "pré-título", que é a prova escrita da obrigação.⁴³

João Roberto Parizatto, na mesma linha de José Eduardo Carreira Alvim, esclarece que: "com base no próprio dispositivo legal, não caberá para o ajuizamento de uma ação monitória, outro tipo de prova, *verbi gratia*, sonora ou visual, nem mesmo uma gravação em fita cassete ou vídeo cassete, confessando alguém dever determinada quantia a outrem, ou a obrigar-se a entregar a coisa fungível móvel. Exige-

³⁸Eduardo Talamini, ob. cit., p. 64.

³⁹ob. cit., p. 64.

⁴⁰Ação Monitória: Primeiras Impressões Sobre a Lei 9.079, de 14.795, Revista da Faculdade de Direito, p. 49, n. 28.

⁴¹ob. cit., p. 63.

⁴²ob. cit., 315.

⁴³ob. cit., pp. 51 e 52.

se, pois, prova escrita, em papel qualquer que seja esse, desde que se prove, à evidência, a autoria da mesma, que deve ser do réu.⁴⁴

Desse modo, ao que parece, a preocupação do legislador é com a forma da prova, tendo em vista que, não há oportunidade, nesta fase, para a produção de provas típicas de uma cognição plenária.

E o caso da prova emprestada? É possível a utilização de um depoimento pessoal em que houve confissão do crédito em outro processo, ou de uma prova testemunhal emprestada? Ao nosso ver, nada obsta a que sejam utilizadas provas emprestadas, uma vez que são na forma escrita.

No que tange ao valor, Eduardo Talamini entende que a prova emprestada conserva a mesma força probante da sua natureza originária. Não obstante, o mencionado processualista não vê nenhum óbice à utilização da prova emprestada.⁴⁵ A prova testemunhal, mesmo que esteja na forma escrita não escapa às vedações dos artigos 400, II e 401, ambos do CPC. Nos casos que se encaixam nestas vedações, segundo José Eduardo Carneira Alvim, o autor da demanda deverá procurar as vias ordinárias, não podendo valer-se da monitória.⁴⁶

É importante frisar que, tal prova não deverá, necessariamente, constituir-se de um único documento. É plenamente aceitável que o autor objetive demonstrar a existência do crédito mediante vários documentos escritos.

É exatamente isto que Eduardo Talamini leciona quando discorre sobre a avaliação da prova escrita: "ao utilizar-se 'prova escrita' - e não 'documento escrito' ou ainda 'título monitório' - , quis deixar claro que o juízo de verossimilhança que o magistrado desenvolverá pode ser extraído de um conjunto probatório".⁴⁷

Destarte, o juízo de verossimilhança pode ser feito com base em um conjunto de provas, desde que seja na forma escrita, tendo em vista que se trata de cognição sumária.

No que tange ao juízo de admissibilidade, segundo o processualista paranaense, o juiz tem plena liberdade, e não procede a juízo meramente formal, mas a verdadeira cognição do mérito, ainda que sumária.⁴⁸

Antonio Carlos Marcato, por seu turno, como já mencionamos, leciona que, na admissibilidade, o juiz está impedido de adentrar ao mérito; desse modo, ele jamais poderá proclamar a inexistência do crédito, mas poderá, se for o caso, "não se convencer da eficácia ou da idoneidade da prova documental apresentada pelo autor"⁴⁹. Ao dizer isto, o douto Desembargador deixa transparecer que, para ele, trata-se de um exame meramente formal e não de mérito.

⁴⁴*Da Ação Monitória*, p. 24.

⁴⁵ob. cit., pp. 77 e 78.

⁴⁶ob. cit., pp. 315 e 315.

⁴⁷ob. cit., 67.

⁴⁸idem, p. 66.

⁴⁹ob. cit., p. 77.

6.2.1. Origem da prova escrita

Um outro assunto que reclama uma atenção, dentro deste estudo da prova escrita, é saber qual a sua fonte, vale dizer, de quem poderá emanar tal documento?

A doutrina e a jurisprudência são concordes no sentido de que a prova escrita deve ser documento emanado do próprio devedor, ou de terceiro (desde que tenha assinatura do devedor ou de seu representante).

Ela poderá emanar do próprio credor?

João Roberto Parizatto diz que: "tratando-se de prova escrita, essa poderá ser tanto do próprio punho do devedor, como escrita por terceiro e assinada pelo mesmo ou por quem legitimamente o represente".⁵⁰

Nelson Nery Júnior, também se posiciona da mesma forma: "o documento escrito pode originar-se do próprio devedor ou de terceiro".⁵¹

Ernane Fidelis dos Santos, demonstrando que acha que deve haver certeza da existência do crédito, leciona o quanto segue: "mister que o que nela se contém revele obrigação certa, líquida e exigível. Declaração de terceiro, por exemplo, não dá certeza da dívida nem o sacado que não aceitou a letra de câmbio pode ser considerado devedor certo na obrigação".⁵²

A participação ou reconhecimento por parte do devedor é indispensável para aqueles que entendem que a obrigação deve ser líquida, certa e exigível, pois dará a certeza da obrigação. Por outro lado, há corrente doutrinária no sentido de que basta a probabilidade da existência do direito alegado, como Antonio Carlos Marcato.⁵³

Ernane Fidelis dos Santos diz que existem casos em que há uma presunção de certeza, que decorre da lei ou do próprio teor do contrato, embora não haja assinatura do devedor; é o caso da duplicada sem aceite e sem comprovante da entrega da mercadoria, pois pressupõe-se que sempre que haja emissão de duplicata, há um negócio subjacente, pois trata-se de título causal.⁵⁴ Mas qual a garantia que teria o juiz de que não se trata de duplicata simulada (art. 172 do CP)?

O entendimento acima exposto seria razoável se estivermos nos referindo ao plano do ideal, e não da realidade. Correntes doutrinárias têm admitido a duplicada sem aceite e sem comprovante da entrega da mercadoria como base para pedido monitório, podemos citar, Antonio Carlos Marcato⁵⁵ e Clito Fornaciari Júnior⁵⁶. Tal entendimento pode dar lugar a injustiças, tendo em vista que há a possibilidade de uma duplicada "fria" ensejar a expedição de mandado monitório, pois até em matéria de processo de execução, e quem milita no foro sabe disso, tem havido falsifica-

⁵⁰ob. cit., p. 24.

⁵¹ob. cit., p. 1282.

⁵²*Revista de Processo*, n. 81, p. 26.

⁵³ob. cit., p. 51.

⁵⁴Ernane Fidelis dos Santos, ob. cit., p. 26.

⁵⁵ob. cit., p. 65.

⁵⁶*A Reforma Processual Civil*, p. 211.

ção da assinatura do comprovante da entrega da mercadoria, quanto mais em se tratando de tutela monitória, em que há a possibilidade de pagamento logo no início.

Razoável seria admitir-se o uso de duplicata sem aceite, como prova escrita em monitória, se estiver acompanhada do comprovante da entrega da mercadoria. Não se trata de título executivo, pois para tal cambial sem aceite ter natureza de título executivo, é necessário que esteja protestada.

José Rogério Cruz e Tucci diz o seguinte sobre este assunto:

*"Insta observar, por fim, que, apesar de nossa lei não impor qualquer exigência acerca da procedência da prova escrita, dúvida não há de que, quanto maior for a participação do devedor na construção do documento probante, maior, sem dúvida, será a sua verossimilhança".*⁵⁷

Por sua vez, Antônio Raphael Silva Salvador, entendendo que o crédito não precisa ser líquido e certo, diz que a prova escrita não deve necessariamente emanar do réu-devedor, cita Aldo Cavallo quando diz que, pode ser "qualquer documento desprovido de certeza absoluta, merecedor de fé, pelo juiz, quanto à autenticidade e eficácia probatória".⁵⁸

Donaldo Armelin comenta que no direito italiano, a lei outorga aptidão suficiente para ensejar monitória a "documentos produzidos pelo próprio credor", e diz que "em nosso sistema, em que prepondera o princípio *nemo sibi titulum constituit*, a aceitação desse posicionamento é no mínimo questionável". Diz ainda que, em nosso sistema "possível será constituir instrumento em desfavor de quem o produziu, mas não em seu benefício".⁵⁹

José Eduardo Carreira Alvim, ao falar sobre a fonte desta prova, faz citação a Moacyr Amaral Santos, dizendo:

*"essencial é que a parte, contra a qual é invocado o escrito, pelo fato material da sua participação no escrito ou por sua atuação, considerando como suas as declarações nele contidas, tenha reconhecido que são verossímeis os fatos que do escrito decorrem".*⁶⁰

Trata-se de uma regra que está contida, também no Código de Processo Civil, de que as cartas, os registros domésticos e os livros comerciais, provam contra quem os constituiu (arts. 376 e 378), salvo no caso de litígio entre comerciantes, em que os livros preencham os requisitos exigidos por lei (art. 379).

⁵⁷A Prova Escrita na Ação Monitória, RT 768/11.

⁵⁸Da Ação Monitória e da Tutela Jurisdicional Antecipada, p. 20.

⁵⁹ob. cit., pp. 53 e 54.

⁶⁰ob. cit., 317.

6.2.2. Exemplos de prova escrita

Na doutrina e na jurisprudência, encontramos vários exemplos de documentos que têm sido aceitos como aptos para embasar o pedido monitório. Passaremos a enumerar os mais mencionados: títulos de crédito prescritos, como o cheque; a duplicata sem aceite, sem protesto e sem comprovante da entrega da mercadoria (há jurisprudência mencionando a duplicata sem aceite e com o comprovante da entrega da mercadoria); cartas e bilhetes dos quais se possa inferir confissão de dívida, ou que contenham aprovação de orçamento; sentença declaratória; confissão de dívida por instrumento particular e sem testemunhas; contrato de abertura de crédito; cartas, fac-símiles; telegramas que declarem concordância com honorários advocatícios; guias de internação; prontuário hospitalar; caderneta mensal de empréstimos dela constando as entregas diárias de mercadorias ao freguês (há quem mencione que dela deve constar visto do freguês); documentos referentes a débitos vinculados a cartões de crédito e outros.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1990.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Da Ação Monitória: Opção do Autor*. São Paulo: RT 734/71.

ARAGÃO, Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1989.

ARMELIN, Donaldo. *Apontamentos Sobre a Ação Monitória. Lei n. 9.079/95*. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, n. 14.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Ação Monitória da Reforma Processual*. Revista de Processo, n. 77.

BERMUDES, Sérgio. *Ação Monitória: Primeiras Impressões Sobre a Lei 9.079/95*. Revista da Faculdade de Direito, n. 28.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Têoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação Monitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *A Prova Escrita na Ação Monitória*. São Paulo: RT 768/11.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *Têoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *A Reforma Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

- FRANCO MONTORO, André. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GRECO FILHO, Vicente. *Comentários ao Procedimento Sumário, ao Agravo e à Ação Monitória*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Ação Monitória*. Brasília, v. 1. Revista do Centro de Estudos Jurídicos.
- GUERRA, Willis Santiago. *Ação Monitória*. Revista de Processo, n. 81.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1985.
- LOPES, João Batista. *Aspectos da Ação Monitória*. São Paulo: RT 732 / 74.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à Execução*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MARCATO, Antonio Carlos. *O Processo Monitório Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Ação Decendiária e Ação Monitória*. Trabalho apresentado no curso de Mestrado da Faculdade de Direito da USP, em 1995, aos Professores Doutores José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- PARIZATTO, João Roberto. *Da Ação Monitória*. São Paulo: Editora de Direito, 1996.
- SALVADOR, Antônio Raphael Silva. *Da Ação Monitória e da Tutela Jurisdicional Antecipada*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Procedimento Monitório*. Revista de Processo, v. 81.
- SHIMURA, Sérgio. *Ação Monitória*. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 66.
- SILVA, Flávia Machado da. *Análise Sistemática da Ação Monitória no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.